

# **La pregiudiziale amministrativa nella giurisprudenza: dall'adunanza plenaria n. 4/2003 alla decisione n. 2822/2007 della quinta sezione del Consiglio di Stato.**

## **Il giudice amministrativo apre alla Cassazione?**

*di Filippo D'Angelo (\*)*

### *1. L'Adunanza Plenaria n. 4/2003.*

Il problema della pregiudiziale amministrativa, cioè della necessità o meno da parte del titolare della posizione giuridica di interesse legittimo che si sostiene lesa, di impugnare (al fine di ottenerne l'annullamento) l'atto amministrativo lesivo prima di poter conseguire il risarcimento del danno da esso provocato, è oggetto di un lungo dibattito, che ha visto contrapposti gli indirizzi della giurisprudenza amministrativa e di quella ordinaria, in particolare dopo la sentenza n. 500/99 della Cassazione.

Come è noto, tra i principi fissati nella sentenza 500/99 dalla Suprema Corte (1), un ruolo non certo marginale riveste quello per cui, ai fini della promuovibilità della azione risarcitoria nei confronti della P.A. causata dalla illegittimità dell'azione amministrativa, non è necessario il preventivo esperimento della azione giurisdizionale amministrativa di annullamento (e quindi la necessaria pregiudizialità del giudizio caducatorio), dovendosi al contrario ammettere la possibilità per il g.o. di accertare l'illegittimità (non dichiarata dal g.a.) del provvedimento amministrativo "*incidenter tantum*", e finanche di disapplicarlo, qualora ciò sia necessario ai fini dell'accertamento della sussistenza dell'illecito della P.A. e, di seguito, per la liquidazione del risarcimento a favore del privato leso (2).

---

(\*)- Dottore in Giurisprudenza.

(1) Il ragionamento della Suprema Corte muoveva dalle seguenti considerazioni. La pregiudizialità, antecedentemente alla sent. 500/99 veniva affermata perché solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo e, conseguentemente, all'accesso alla tutela aquiliana, riservata esclusivamente ai diritti soggettivi. Avendo la sent. 500/99 svincolato la tutela risarcitoria *ex art. 2043* dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo, secondo la Corte, non ha più senso ritenere l'annullamento dell'atto illegittimo come presupposto del risarcimento *ex art. 2043*, in quanto causa di riespansione del diritto soggettivo compresso o affievolito.

(2) Tale indirizzo si venne ben presto a contrapporre a quello del Consiglio di Stato (decisione n. 1648/2001), con cui il massimo organo di giustizia amministrativa ammise l'impossibilità per i privati di poter accedere a qualunque forma di tutela risarcitoria nei confronti della P.A., senza previa azione degli ordinari mezzi di tutela che l'ordinamento offre a difesa delle loro situazioni giuridiche soggettive. Peraltro, secondo l'impostazione del Consiglio di Stato

Secondo la Corte l'azione risarcitoria (da esperirsi nell'ordinario termine prescrizione) è sganciata da quella di annullamento, al punto tale che tra le due azioni sia da ritenersi esistente una assoluta autonomia (in termini di pregiudizialità dell'una verso l'altra): in altre parole, nella sentenza n. 500/99 la Cassazione approda alla tesi per cui il problema della pregiudizialità amministrativa può considerarsi non sussistente e quindi superabile, nella considerazione che i privati potrebbero optare sia per la sola tutela risarcitoria, senza previa impugnazione dell'atto, ovvero avvalersi tanto del rimedio annullatorio quanto di quello risarcitorio, senza che il mancato esperimento dell'uno precluda irrimediabilmente l'accesso all'altro (3).

Contro l'orientamento espresso dal massimo organo di giustizia ordinaria, si è presto posto il Consiglio di Stato, il quale con la decisione A.P. n. 4/2003, sostanzialmente confermativa della tesi sostenuta nella precedente n. 1648/2001, ha assunto una posizione diametralmente opposta rispetto alla Corte di Cassazione. Secondo l'impostazione del Consiglio di Stato, dal momento che il legislatore ordinario ha concentrato avanti al g.a. (4) sia la tutela impugnatoria che quella risarcitoria, esperibile nei confronti della P.A. in tutti i casi di attività provvedimento illegittima, ne consegue la ammissibilità della tutela risarcitoria solo a condizione della previa impugnazione del provvedimento illegittimo e della conseguente favorevole conclusione, per la parte, del relativo giudizio di annullamento: ciò in quanto al g.a. non è concesso conoscere, in via incidentale, della legittimità di provvedimenti amministrativi e soprattutto perché tale giudice deve ritenersi sfornito del potere di disapplicare gli atti amministrativi asseritamente illegittimi ma non annullati, potere questo riservato in via esclusiva al solo g.o., dagli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Secondo il Consiglio di Stato, il mancato esperimento della azione di annullamento, entro il termine decadenziale, rende inammissibile qualunque azione risarcitoria autonoma (5); poiché essa inoltre ha carattere di mero completamento, nel senso di essere uno strumento

ivi accolta, la stessa interpretazione dell'art. 7, Legge 205/2000 doveva far propendere verso la tesi della sussistenza della pregiudiziale amministrativa: infatti, l'utilizzazione della dizione "diritti patrimoniali consequenziali" lascerebbe supporre che il risarcimento del danno consegua ad un preventivo annullamento dell'atto amministrativo lesivo.

(3) Cfr. sul punto, A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Giust. It.*, [www.giust.it](http://www.giust.it), n. 3/2001; v., anche, R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa* (in R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*), Milano, 2007 ed., anche, dello stesso autore, *È possibile optare per il solo risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo, senza avvalersi degli effetti conformativi del giudicato di annullamento?*, in *Dir. e form.*, 2005, p. 376; v. anche D. DEPRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. e Form.*, 2002.

(4) Con la legge 205/2000.

(5) Secondo il Consiglio di Stato, risulta di difficile ammissibilità una fattispecie in cui un privato, rimasto inerte (nel senso di non essersi azionato né in via amministrativa né in via pretoria) avverso il provvedimento amministrativo sfavorevole, per tutta la durata del termine decadenziale, agisca poi per chiedere il risarcimento del danno subito, nell'imminenza della scadenza del termine prescrizione.

di tutela ulteriore della posizione di interesse legittimo lesa, tale pertanto da affiancarsi ai pregiudiziali rimedi a carattere demolitorio e conformativo ma non idonea a sostituirsi ad essi, si dovrebbe comunque rispettare il termine decadenziale per la proposizione della stessa, anche quando sia chiesta al g.o. o allo stesso g.a. la sola tutela risarcitoria.

In altri termini, per il Consiglio di Stato, il giudizio risarcitorio può essere instaurato anche successivamente a quello di annullamento, ma non è ipotizzabile una azione risarcitoria autonoma, che non abbia trovato il suo antecedente storico in una pregiudiziale azione annullatoria, esperita entro i termini ordinari di decadenza (6) previsti dalla legge (7).

In dettaglio, specifica l'Adunanza Plenaria che il previo annullamento del provvedimento amministrativo è necessario poiché «una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali, al solo fine di un giudizio risarcitorio, e l'azione di risarcimento danni è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato il potere di disapplicare atti amministrativi non regolamentari»

La regola della pregiudizialità opera, secondo la Adunanza Plenaria, ancorché nella specifica materia vi sia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché la sussistenza della giurisdizione esclusiva non fa certo venire meno la necessità di seguire tutte le regole processuali previste a tutela degli interessi legittimi, compresa quella dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo (8).

Accanto al giudice amministrativo di merito, che ha seguito la linea evidenziata dal Consiglio di Stato, con ulteriori argomenti a sostegno della pre-

---

(6) Stabiliti dalla legge in 60 giorni.

(7) Tale indirizzo sembrava essere stato avallato anche dalla Corte di Cassazione che, con la sentenza n 1207/2006 (precedente le tre ordinanze 13659, 133660 del 2006 e 13911 del 2007), aveva stabilito che le controversie relative ai danni da provvedimento amministrativo illegittimo appartengono al g.a., solo in caso di domanda risarcitoria proposta contestualmente all'azione di annullamento; l'eventuale azione risarcitoria autonoma poteva proporsi avanti al g.o., solamente dopo l'annullamento del provvedimento amministrativo stesso.

(8) In tal senso anche Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1, in *Urb. e app.*, 2003, 547.

(9) Consiglio di Stato, Sez. V, 25 luglio 2006, n. 4645; Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 maggio 1995, n. 2631, in *Foro amm.*, II, 546; Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6245, in *Giur. it.*, 2002, 2405; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2006, n. 1229, in *Giur. amm.*, 2006, I, 387; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 13 marzo 2006, n. 1183, *ivi*, 2006, II, 295. Secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa, quindi, l'azione di risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento sia in via autonoma, ma solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento illegittimo e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento.

giudizialità (9), osservando come il nostro legislatore, per evidenti ragioni di certezza del diritto, abbia previsto diverse azioni impugnatorie pregiudiziali al risarcimento (10), non può tacersi come anche parte della giurisprudenza ordinaria (11), sia di merito che di legittimità, antecedentemente alle pronunce della Cassazione del 2006, si sia allineata alla posizione del giudice amministrativo, riconoscendo la necessità del previo annullamento dell'atto amministrativo, al fine del risarcimento dei danni.

La stessa Suprema Corte (12), in particolare, ha, sia pure in un isolato arresto, rilevato come la non conformità di una situazione giuridica al diritto soggettivo (13), quale elemento costitutivo della fattispecie di cui all'articolo 2043 c.c., non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato. Conseguentemente, se l'accertamento principale è precluso – ad esempio per decorrenza dei termini – la domanda risarcitoria deve essere rigettata, in quanto il fatto produttivo del danno non è qualificabile come illecito.

D'altra parte, sebbene l'inoppugnabilità dell'atto sia nozione meramente processuale, occorre considerare che, in assenza dell'annullamento e della rimozione dell'atto illegittimo, il permanere degli effetti è conforme alla volontà della legge e, pertanto, detti effetti non possono essere valutati alla stregua di un danno ingiusto.

---

(10) In particolare si è affermato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3717, in *Giur. amm.*, 2006, 947) che «nei rapporti paritetici, fuori cioè dell'ambito dell'esercizio del potere pubblico, tra i cittadini e la Pubblica Amministrazione sia in quelli interprivati, molteplici sono le ipotesi in cui è accordato preminente rilievo alle esigenze di certezze, sicché l'interessato ha l'onere di contestare la conformità al diritto di determinate situazioni mediante l'impugnazione di atti o comunque reagendo entro termini di decadenza. Ove non adempia a tale onere, non gli è consentito ottenere con l'azione risarcitoria l'accertamento della non conformità a legge della situazione, atteso che l'accertamento deve farsi necessariamente in via principale e con efficacia di giudicato, vertendo su uno degli elementi essenziali della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. [...] Così ad esempio come non sarebbe consentito al privato domandare il risarcimento del danno, per essere stato assoggettato illegittimamente a sanzione amministrativa mediante ordinanza-ingiunzione non impugnata ai sensi della Legge 689/1981, o comunque indipendentemente dalla impugnazione, o analogamente il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno senza impugnare il recesso secondo le prescrizioni della legge 604/1996, lo stesso deve dirsi per il caso di mancata impugnativa di delibere condominiali ».

Ulteriore argomento a sostegno della tesi della pregiudizialità è stato individuato dalla sentenza citata nel carattere logico e non tecnico della pregiudiziale dell'annullamento dell'atto. In proposito si veda R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento dei danni causati dalla Pubblica Amministrazione*, Roma, 2006, 50 e ss.

(11) Cassazione, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, 2073, con nota di P. GALLO, *Pregiudiziale e disapplicazione al vaglio della Plenaria e Cassazione*; Cassazione, 10 gennaio 2003, n. 157.

(12) Cassazione, 27 marzo 2003, n. 4538, *cit.*

(13) Cd. anti giuridicità in senso oggettivo.

In questa situazione di potenziale conflittualità tra giudice amministrativo e ordinario un ruolo non certo secondario ha svolto anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004 (14). Secondo parte della dottrina tale pronuncia sembra decisamente orientata in senso favorevole alla tesi della pregiudizialità, laddove afferma che il risarcimento del danno costituisce soltanto “*uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*”.

In questa prospettiva l'azione risarcitoria sembra costruirsi quale potere che si affianca a quello dell'annullamento, con la implicazione che la giurisdizione è comunque fondata sul presupposto che la posizione soggettiva azionata sia, pur sempre, di interesse legittimo. Corollario necessario è che la giurisdizione del giudice amministrativo che deve essere azionata in via preventiva è quella generale di legittimità, sulla quale si radica anche l'eventuale risarcimento del danno che ne consegue.

Il ragionamento seguito dalla Consulta è tale per cui il risarcimento del danno è qualificato come strumento di completamento della tutela che è consentito al giudice di concedere, in via principale, mediante l'annullamento, nella considerazione che appare impossibile pervenire ad una valutazione di ingiustizia del danno fintanto che non venga eliminato il provvedimento amministrativo da cui il danno stesso è derivato.

Trattasi all'evidenza delle stesse argomentazioni sostenute dalla giurisprudenza amministrativa a giustificazione del necessario, previo annullamento dell'atto amministrativo (15). Da ciò discendono evidenti conseguenze: che il giudizio risarcitorio non è ammissibile laddove non sia previamente o contestualmente intrapreso il giudizio impugnatorio; che in caso di rinuncia al giudizio impugnatorio, non si può mantenere in piedi quello risarcitorio; che il giudizio impugnatorio avverso l'atto amministrativo illegittimo non può essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, perché permane pur sempre l'interesse all'annullamento al fine del giudizio risarcitorio.

## 2. Le tre ordinanze della Cassazione del luglio 2006.

### a) Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e ordinario.

In questa situazione di dichiarata conflittualità tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ove tra l'altro si è inserita la sentenza n. 191/2006

---

(14) Ciò in quanto l'esclusione dell'annullamento giurisdizionale, non incide sulla condizione giuridica. In dottrina, sostiene che la sentenza della Consulta n. 204/2004 confermerebbe la tesi della pregiudizialità P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004, e la pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2004, 1121.

(15) La ricostruzione è di R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento dei danni causati dalla Pubblica Amministrazione*, Roma, 2006, 53.

della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione ha pronunciato nel luglio 2006 tre ordinanze con le quali ha precisato ulteriormente la propria posizione sui due temi più cruciali dei rapporti tra tutela ordinaria e amministrativa: il riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o., in ordine alle controversie concernenti la responsabilità civile della P.A. conseguenti ad attività provvedimento illegittima, e, di nuovo, la “pregiudizialità amministrativa”, precisando la propria tesi, ancora opposta a quella del Consiglio di Stato (16).

In punto di riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o., per le azioni di responsabilità civile contro la P.A., le tre ordinanze non sembrano discostarsi troppo dai principi comunque consolidatisi in materia. Così la Cassazione ribadisce che la giurisdizione del g.a. resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio concreto ed effettivo del potere amministrativo espresso secondo le forme tipiche previste dalla legge, ed afferma essere tale principio valido sia nel caso della giurisdizione generale di legittimità che in quella esclusiva.

In dettaglio, secondo la Corte tale collegamento non si rilevarebbe in alcuni casi specifici: così quando la P.A. agisce in posizione di parità con i soggetti privati, e quindi avvalendosi di strumenti “*iure privatorum*”, che pertanto fuoriescono dall'ambito della attività di diritto pubblico; ovvero attraverso attività meramente materiali; ancora, in caso di lesione di diritti incompressibili, quali il diritto alla salute o all'integrità fisica; ovvero nel caso di attività amministrativa posta in essere in carenza di potere (17), di cui alle ipotesi classiche della occupazione “usurpativa”, tale perchè attuata in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità, o del decreto di espropriazione adottato a termini scaduti (18).

In tutti questi casi, secondo la Corte, la giurisdizione risarcitoria spetta al g.o.: anzi, più in generale, la tutela giurisdizionale contro l'agire illegitti-

---

(16) Come detto, il Consiglio di Stato ritiene che condizione necessaria per l'accesso alla tutela risarcitoria nei confronti della P.A., per illegittimo esercizio della attività provvedimento, sia il contemporaneo esercizio della azione risarcitoria a quella di annullamento, entro il termine di decadenza previsto per quest'ultima, ovvero il previo annullamento in sede giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra i primi commenti alle ordinanze si veda, V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto di giurisdizione dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006; M. A. SANDULLI, *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla cosiddetta “pregiudiziale” amministrativa. Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela”*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006.

(17) Ci si riferisce alle controversie meramente risarcitorie già previste dall'art. 33, co. 2, D.Lgs. n. 80/1998, nel testo anteriore alla riformulazione conseguente a Corte Costituzionale n. 204/2004.

(18) Tale ultima ipotesi è stata oggetto di una recentissima decisione della Adunanza Plenaria (v. C.d.S., A.P., n. 9/2007), in cui i giudici di Palazzo Spada, muovendo dalla considerazione che la scadenza dei termini legali per l'emissione del decreto di espropriazione non fa comunque venir meno lo scopo di pubblica utilità (presupposto che legittima la P.A. a procedere alla espropriazione di un bene privato e quindi ad esercitare in concreto il suo potere discrezionale), hanno ricondotto tale fattispecie nell'ambito della giurisdizione del g.a.

mo della P.A. appartiene al g.o. ogniqualvolta il diritto del privato si atteggi in modo tale da non sopportare “*compressione per effetto di un potere esercitato (dalla P.A.) in modo illegittimo, ovvero in tutti i casi in cui l’azione della P.A. non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, deliberato secondo i requisiti e le modalità previste dalla legge*”, e quindi in via di mero fatto (19).

In realtà sulla giurisdizione sembra che le ordinanze della Cassazione tendano più ad una funzione esplicativa di principi comunque già accolti, ed in parte anche consolidati, che non a fissare criteri innovativi rispetto al passato. D’altra parte già Nigro non dubitava che la disciplina processuale delle situazioni descritte dalla Suprema Corte fosse esattamente quella dalla stessa accolta. Così quando la Corte afferma che laddove la situazione lesa si atteggi ad interesse legittimo la giurisdizione deve spettare al g.a. (al quale deve essere anche chiesta la tutela risarcitoria) quale giudice ordinariamente competente a conoscere della lesione di tali situazioni giuridiche in tutte le controversie “di diritto pubblico”, e, nella opposta prospettiva, che laddove la situazione giuridica, di cui si chiede tutela, integri un diritto soggettivo, la giurisdizione appartiene al g.o., dovendosi riconoscere la giurisdizione del g.a. solamente nei casi “particolari”, previsti dall’art. 103 Cost. di “giurisdizione esclusiva” (sulla quale è recentemente tornata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 120/2007), nei quali il giudice amministrativo conosce anche di situazioni giuridiche di diritto soggettivo, coinvolte dall’azione del potere amministrativo.

Precisa la Corte che tali “particolari” materie devono essere individuate alla stregua dei parametri offerti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, e più in particolare alla luce del principio guida costituito dalla presenza, nel rapporto, della “Amministrazione-Autorità” (20), che agisca con uso di potere autoritativo avverso il quale è accordata, ai privati, tutela in sede amministrativa (21), non essendo peraltro sufficiente per radicare la giurisdizione del g.a. (22), la mera partecipazione al giudizio della P.A. né tanto meno il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia.

Si è già rilevato come i principi accolti in punto di giurisdizione sembrino porsi comunque nel solco di precedenti indicazioni pervenute dalla dottrina e ancora più della Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 191/06), che ha avuto modo più volte di indicare il medesimo criterio guida per l’individuazione del giudice dotato di giurisdizione in materia risarcitoria ammini-

---

(19) Così testualmente Cass. ord n. 13659/06.

(20) E dunque, sostanzialmente, quando la materia “sarebbe comunque soggetta alla giurisdizione generale di legittimità”; cfr., A. M. SANDULLI, *Finalmente definitiva certezza sul riparto di giurisdizione in tema di comportamenti e sulla cd. pregiudiziale amministrativa?*, *op. loc. cit.*

(21) Cfr. Corte Cost., n. 204/2004.

(22) Il quale, in tal modo, assumerebbe veramente la funzione di giudice “della pubblica amministrazione”, in aperta violazione degli artt. 25 e 102, Cost.

strativa. È sempre la natura autoritativa del comportamento della P.A. il dato idoneo a spostare la giurisdizione in favore del g.a., considerato anche che la giurisprudenza costituzionale esclude che la giurisdizione possa assegnarsi al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (Corte Cost. n. 191/2006).

Anche da ultimo (23), la Consulta ha ricordato come non abbia ragione di sussistere il pregiudizio che vuole il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva estesa alle azioni risarcitorie, meno “affidabile” del giudice ordinario, (v. Corte Cost., sent. 140/2007).

In realtà, come emerge anche dalla sentenza n. 204 del 2004, la Corte costituzionale tende a sottolineare la chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice, il quale assicura le medesime garanzie, quanto alla effettività delle tutele, del giudice ordinario. Seguendo l’orientamento già espresso nelle pronunce n. 204 del 2004 e, soprattutto, n. 191 del 2006, scrive la Corte che *“l’art. 103 Cost., pur non avendo conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare «particolari materie» nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe «anche» diritti soggettivi. Deve trattarsi tuttavia, di materie determinate nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell’esercizio del suo potere. Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell’esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l’intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa”* (Corte Cost. n. 140/2007, cit. pag. 7).

#### *b) La pregiudiziale amministrativa.*

Se, come rilevato, in punto di riparto di giurisdizione, le ordinanze del luglio 2006 non sembrano avere evidenziato profili di peculiare novità, diversamente la Suprema Corte chiarisce che la giurisdizione del g.a. sull’interesse legittimo è sì piena, nel senso che è realizzabile tanto nella forma della azione di annullamento che in quella risarcitoria, tutela, quest’ultima, accordabile sia in forma specifica che per equivalente (24), ma che tuttavia la tutela risarcitoria è svincolata da quella di previo annullamento.

---

(23) Corte Costituzionale n. 140 del 27 aprile 2007.

(24) Secondo la Corte, quindi, la tutela giurisdizionale compete al g.a. in ordine a tutte le controversie che vertono sulla legittimità dell’esercizio del potere amministrativo. L’interesse legittimo è, oramai, divenuto una situazione giuridica sostanziale che deve ricevere una tutela non solo esclusiva, ma anche piena, al pari del diritto soggettivo. Sul punto v. E. PICOZZA, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Corriere giuridico* n. 1/2007, p. 10 ss.

In definitiva dalla esegesi delle tre ordinanze emerge il dato per cui, in punto di riparto di giurisdizione, la Cassazione sembra avere ormai tendenzialmente accolto il principio per cui è attribuita al solo g.a. la giurisdizione a conoscere di tutte le controversie concernenti l'esercizio del potere amministrativo, a fronte del quale, è bene ricordare, sussistono solo situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo (salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva) in accordo alla tesi della prevalenza del potere amministrativo pubblico rispetto alle situazioni giuridiche soggettive private. In questa prospettiva la logica conseguenza è che, in virtù del principio della concentrazione della tutela, il g.a. conosce e decide anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno conseguente alla lesione di interessi legittimi (25), tanto che sembra venire a perdere la originaria natura di giudice naturale del mero controllo della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, per assumere le connotazioni tipiche di giudice di piena giurisdizione, tra i cui poteri rientra *de iure* quello di decidere sulle domande risarcitorie proposte dai privati, in ordine ai danni subiti per l'illegittimo esercizio della funzione amministrativa (26).

È quindi proprio sul tema della "pregiudizialità amministrativa" che le tre ordinanze in esame hanno costituito un arresto di non poco momento, nella considerazione che la Cassazione è approdata a soluzioni sicuramente innovative rispetto a quelle tendenzialmente diffuse nella giurisprudenza amministrativa, soprattutto a seguito della Adunanza Plenaria n. 4/2003. Né va dimenticato che alla tesi prescelta la Corte è pervenuta attraverso un percorso meditato, reso palese dal fatto che il problema della pregiudizialità amministrativa è affrontato preliminarmente in chiave storica, mediante l'analisi del quadro generale delle correnti di pensiero rinvenibili nella dottrina italiana, e delle due principali teorie enucleate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul punto: quella, testualmente definita "tutta amministrativa", per la quale il privato, leso in una sua posizione giuridica (27) soggettiva da un provvedimento della P.A., può adire il g.a. (secondo il disposto dell'art. 7 Legge. n. 205/2000), al fine di ottenere il risarcimento del danno ingiusto, solamente dopo il previo esperimento della azione di annullamento entro il

---

(25) Così, infatti, dispone l'art. 7 della Legge n. 205 /2000, il quale stabilisce che, nell'ambito della sua giurisdizione (sia generale di legittimità che esclusiva), il g.a. dispone il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica. Come parte della dottrina ha evidenziato, ci si avvia verso la cd. "civilizzazione" del processo amministrativo, sia nel senso che il g.a. sarà chiamato ad apprendere specifiche tecniche di indagine in ordine all'accertamento della responsabilità della P.A, sia che in tale processo si verificherà una inserzione più penetrante delle regole del processo civile. Sul punto v., B. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, p. 469 ss. .

(26) Ciò, anche, perché nel valutare la responsabilità extracontrattuale il g.a. non fa riferimento alla mera illegittimità del provvedimento, ma compie una più complessa valutazione che investe la funzione amministrativa in sé considerata (F. Benvenuti) .

(27) Che può indifferentemente avere natura di diritto soggettivo od interesse legittimo.

termine decadenziale previsto dalla legge, con la conseguenza che il mancato esercizio della azione demolitoria o conformativa preclude l'accesso alla tutela risarcitoria, divenendo il provvedimento amministrativo inoppugnabile. La seconda, che la Corte definisce invece "tutta civilistica", secondo la quale il soggetto, leso in una sua posizione giuridicamente rilevante, può adire il g.o. (28) per l'azione risarcitoria, senza necessità della previa impugnazione dell'atto amministrativo lesivo avanti al g.a. : in tal caso il giudice ordinario può sindacare la legittimità dell'atto, disapplicarlo relativamente al caso da decidere e condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni.

L'analisi effettuata dalla Corte è ovviamente in chiave critica, tanto che essa perviene alla conclusione che nessuna delle tesi esaminate è condivisibile: quella "civilistica" perché disattende il principio costituzionale, sancito dall'art. 24 Cost., che esige che alle posizioni di interesse legittimo sia data piena ed effettiva tutela (concentrata avanti ad un unico giudice) in tempi ragionevoli, e che la giurisdizione sull'interesse legittimo deve spettare al giudice amministrativo sia nella forma della tutela di annullamento sia in quella della tutela risarcitoria, azioni entrambe che non possono essere oggetto di distinta cognizione da parte di due diversi giudici.

La Corte coglie appieno il limite della teoria civilistica: il frammentare e moltiplicare le sedi dove cercare la tutela giurisdizionale di tutte le sfaccettature in cui si manifesta la lesione dell'interesse legittimo, non può che essere il sintomo di una diminuita effettiva tutela, in danno del privato leso. Ma neanche l'impostazione "tutta amministrativistica" è accolta, poiché anche essa conduce alla conseguenza di comprimere la portata e la effettività della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, condizionando la relativa azione all'esercizio fruttuoso (29) della azione di annullamento.

Così tracciata la strada, si comprende come la soluzione possibile sia per la Corte solo una: e cioè quella per cui non deve ritenersi l'azione di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi un mero completamento della azione svolta in sede di legittimità, dovendosi piuttosto riconoscerle i caratteri di vera e propria giurisdizione, affidata al g.a. e volta ad agevolare la tutela dei privati. Questo è il motivo per cui, quando ricorre un atto amministrativo espressione dell'esercizio di un pubblico potere, la tutela giurisdizionale spetta al g.a., al quale potrà essere chiesta "*la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa*". Ma la vera novità è la affermazione per cui nulla osta che al g.a. sia richiesta anche la sola tutela risarcitoria, ed in tal caso, ma trattasi di assunto non pienamente

---

(28) Sui principi stabiliti dalla sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, cfr. V. CERULLI IRELLI *Prime osservazioni sul riparto di giurisdizione dopo la pronuncia delle Sezioni Unite 500/99, op. loc. cit.*; v. anche F. BILE, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, p. 1671 ss.

(29) Nel senso che i privati avrebbero dovuto ottenere dal g.a. una pronuncia costitutiva di annullamento nel merito.

condivisibile, “*senza, allora, dover osservare il termine di decadenza pertinente alla azione di annullamento*”(30). La Corte configura, dunque, la tutela risarcitoria dell’interesse legittimo come autonoma rispetto alla tutela annullatoria e spettante ai privati per il solo fatto che una loro situazione giuridica soggettiva è stata “*sacrificata da un potere pubblico esercitato in modo illegittimo*”. Non solo: la domanda risarcitoria deve essere obbligatoriamente rivolta al g.a. (31), individuato come il “*giudice ordinario*” degli interessi legittimi, indipendentemente dalla previa instaurazione di un giudizio sulla legittimità dell’atto, non potendosi ammettere alcun tipo di giurisdizione del g.o. Peraltro, avverte la Corte, qualora il g.a. rifiuti di esercitare la propria giurisdizione a conoscere della domanda risarcitoria promossa in via principale dai privati, tale rifiuto di tutela deve essere considerato come una ingiusta declinatoria di giurisdizione, come tale ricorribile per Cassazione (32) per motivi attinenti alla giurisdizione *ex artt. 111 Cost. e 362 co. 1, c.p.c.*: in tal caso infatti “*il g.a. avrà rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene*”.

Certo è che, a sostegno di tale impostazione, ormai nettamente distante da quella del Consiglio di Stato, sembra deporre anche il dato normativo di cui all’art. 7 della legge 205/2000. Ciò è evidenziato (33) da quegli autori per i quali l’art. 7 ha conferito al g.a. la giurisdizione sulle domande di risarcimento in tutti i casi di illegittimo esercizio di un pubblico potere, sia che la relativa domanda sia stata introdotta contestualmente con quella di annullamento, sia che sia stata promossa successivamente alla definizione del giudizio caducatorio.

In definitiva la Corte pone con le tre ordinanze in disamina tre principi fondamentali: la giurisdizione del g.a. sussiste in tutti i casi in cui si sia in presenza di un concreto esercizio di un pubblico potere, adottato secondo le modalità formali e procedurali previste dalla legge; spetta al g.a. dispor-

---

(30) Gli effetti conseguenti alle ordinanze sono molteplici. La Corte elimina, per un verso, il principio della degradazione del diritto soggettivo ad opera dei pubblici poteri; per un altro verso il problema della pregiudiziale amministrativa; per un altro ancora, il principio del divieto di disapplicazione dell’atto amministrativo da parte del g.a., il quale, ai fini risarcitori, non dovrà conoscere incidentalmente degli effetti dell’atto amministrativo ma, al contrario, dovrà conoscere dell’atto stesso in via principale, quale componente del fatto illecito della P.A. Sul punto v. R. CHIEPPA, *Il giudizio di risarcimento*, in *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 278 ss.

(31) Anche se il provvedimento amministrativo sia stato annullato dallo stesso giudice, a seguito di ricorso giurisdizionale ovvero dal Presidente della Repubblica, a seguito di ricorso straordinario.

(32) La quale, in tal sede, svolgerà il suo ruolo costituzionale di giudice del riparto di giurisdizione

(33) Cfr. B. CAPPONI, *La giurisdizione sul risarcimento del danno da attività provvedimento della P.A.*, *op. loc. cit.*, ed anche, F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la Pubblica Amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 43.

re le diverse forme di tutela che l'ordinamento prevede a favore delle situazioni giuridiche lese dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo (e tra queste forme, a ragione, rientra il risarcimento del danno); se il g.a. rifiuta di esercitare la sua giurisdizione in ordine alle domande risarcitorie promosse in via autonoma dai privati, cioè senza la previa azione di annullamento, tale diniego è sindacabile avanti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione *ex art. 111 Cost.*, qualora risulti che il rifiuto del g.a. di giudicare nel merito la domanda risarcitoria autonoma derivi dal solo fatto che la parte non ha, nel termine decadenziale, richiesto in sede di legittimità l'annullamento del provvedimento e la rimozione dei suoi effetti. Non è dubbio che il dato finale desumibile da tale quadro non sia altro che la abolizione, nella prospettazione della Corte, della pregiudiziale amministrativa.

Ciò non significa, d'altra parte, che alla implicita eliminazione della pregiudiziale amministrativa corrisponda un indebolimento del giudice amministrativo. È palese infatti come la Corte, ben consapevole dei probabili effetti critici che le pronunce avrebbero prodotto, ha inteso temperare le opposte esigenze: e dunque via libera all'azione di risarcimento del danno, con o senza azione di annullamento, ma nel rispetto delle competenze del giudice amministrativo, la cui funzione, in ultima analisi, esce sicuramente rafforzata. Ciò in coerenza d'altra parte con quanto osservato, anche di recente, dalla Corte Costituzionale (34), per cui il giudice amministrativo è il giudice unico per la tutela dei cittadini a fronte della attività provvedimentale (ancorché illegittima) della P.A., in ossequio ai principi della concentrazione della tutela, della ragionevole durata e della economia del processo, come tale dotato di strumenti cognitivi ed istruttori non dissimili da quelli del g.o., tanto nella sua giurisdizione generale di legittimità che in quella esclusiva: la esigenza della effettività di tali principi postula quindi che le domande riparatorie, conseguenti ad illegittimo esercizio della funzione pubblica, potranno essere proposte simultaneamente alla domanda di annullamento dell'atto, o successivamente alla caducazione dello stesso, o infine anche senza previo annullamento.

### 3. *La pregiudizialità amministrativa nell'area comunitaria.*

Come osservato dalla Cassazione il problema della pregiudizialità amministrativa sembra essere una questione "tutta italiana" (35).

Con ciò non si vuole affermare che gli ordinamenti giuridici degli altri paesi europei dell'area comunitaria non conoscano tale problematica, ma si vuole semplicemente osservare come tale questione non rivesta, nei suddetti paesi, posizioni così controverse e conflittuali come quelle che si registra-

---

(34) Corte Cost., n. 120/2007.

(35) È da ricordare che la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi è sconosciuta negli altri paesi dell'Unione europea e, come tale, tende appunto a configurarsi come un problema "tutto italiano".

no in Italia (36). In Francia si riscontra la posizione più netta a favore della autonomia fra azione risarcitoria ed azione annullatoria: i motivi di tale tendenza sono da rintracciarsi nel fatto che l'ordinamento francese offre minori strumenti di tutela, per il cittadino, nella fase di formazione dei provvedimenti amministrativi ed anche in sede giurisdizionale si preferisce il rimedio risarcitorio a quello annullatorio, ritenuto poco incisivo sul potere amministrativo, di cui invece si tendono a mantenere intatti gli effetti consolidati.

Diversamente, in Gran Bretagna, le cd. azioni "*in tort*", nei confronti dei "*public powers*", vengono respinte qualora non siano stati previamente esperiti i rimedi amministrativi previsti: l'ordinamento anglosassone prevede, quindi, seppure in termini molto diversi rispetto all'ordinamento italiano, la pregiudizialità della azione annullatoria rispetto a quella risarcitoria.

In Germania, pur non esistendo una pregiudiziale di annullamento di tipo processuale come quella italiana, è previsto che qualsiasi pretesa risarcitoria nei confronti della P.A., in tutti i casi di illegittimo esercizio della funzione pubblica, debba essere respinta qualora il danneggiato, intenzionalmente o colposamente, abbia omesso di esperire, in via preventiva, gli altri rimedi giuridici offerti dall'ordinamento; infine è da ricordare come, anche in ambito comunitario (dove è sconosciuto il problema della pregiudizialità amministrativa), la Corte di Giustizia generalmente affermi il principio per cui è necessario il tempestivo esercizio dell'azione di annullamento prima di poter pervenire a qualsiasi forma di risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo (37).

*4. La posizione della giurisprudenza amministrativa a seguito delle ordinanze della Corte di Cassazione. La sentenza TAR Lecce n. 3710/2006.*

Come è naturale i principi fissati dalla Cassazione non potevano non avere conseguenze sul giudice amministrativo, stretto da un lato dall'attaccamento alle proprie posizioni, ma pressato, su altro fronte, alla apertura sollecitata dal giudice ordinario.

Dall'esegesi delle decisioni dei T.A.R., successive al luglio 2006, emerge che i giudici amministrativi di I grado accolgono – nella maggioranza dei casi (38) – una posizione fortemente critica nei confronti della Corte o quan-

---

(36) Ad esempio, anche in Germania è previsto un termine di decadenza di un mese (decorrente dalla decisione dell'atto amministrativo) per impugnare giudizialmente i provvedimenti della P.A.; in Francia ed in Spagna e nell'ordinamento comunitario, tale termine è elevato a due mesi; infine, in Gran Bretagna, il termine suddetto è di tre mesi.

(37) Cfr., Corte di giustizia, 15 luglio 1963, in causa C-25/62, Plaumann; ma anche, Tribunale di prima istanza, 8 maggio 2001, in causa T-182/99, Caravelis.

(38) Con l'unica eccezione del T.A.R. Palermo, sentenza n. 1590/2006, in parte del T.A.R. Roma, sentenza n. 14604, e del T.A.R. Bari, sentenza n. 3786/2006. In questi ultimi due casi, i Giudici hanno però accertato l'irrelevanza, per i casi sottoposti alla loro attenzione, del principio contenuto nelle ordinanze della Corte di Cassazione. Peraltro il T.A.R. Palermo si limita a non mettere in discussione la posizione della Cassazione.

tomeno dubitativa, pervenendo in diverse circostanze a disattendere consapevolmente la posizione della Cassazione. In questo senso emblematica è la sentenza del T.A.R. Lecce n. 3710/2006 (39), che, nel richiamare i principi della Adunanza Plenaria n. 4/2003, contesta l'orientamento della Corte sulla scorta di 3 ordini di motivi: in via preliminare, che l'abbandono del principio di pregiudizialità appare incompatibile con la stessa natura e nozione di interesse legittimo, testualmente definito come espressione precipua di un sistema *“che tutela l'interesse pubblico attraverso la soddisfazione di quello privato. Commettendo all'individuo l'iniziativa volta a provocare l'intervento del giudice amministrativo, non è possibile permettersi di rinunciare alla subordinazione in parola a pena di incrinare il sistema di tutela dell'interesse pubblico”*. Il T.A.R., anche mediante l'analisi del parallelo rapporto tra azione impugnatoria e azione risarcitoria disegnato dal diritto societario, sottolinea che la eliminazione del meccanismo dell'affidamento della tutela dell'interesse pubblico al privato è idoneo ad arrecare, in tesi, un grave pregiudizio per l'interesse pubblico stesso. Consentire infatti al privato la scelta di adire direttamente il Giudice Amministrativo per la sola tutela risarcitoria, comporta la omessa impugnazione dell'atto assunto come illegittimo, il quale, pertanto, continuerebbe a manifestare i propri effetti in virtù del mancato intervento demolitorio del giudice.

Secondo il giudice pugliese l'abbandono del principio di pregiudizialità determinerebbe una grave asimmetria tra le due vie di reintegrazione dell'interesse legittimo leso: la reintegrazione dell'interesse legittimo in forma specifica e il risarcimento del danno, nella considerazione che *“la prima sarebbe inscindibilmente connessa all'utile esperimento dell'azione impugnatoria, l'altra sarebbe esperibile autonomamente e troverebbe accoglienza a seguito di un giudizio che riguarderebbe la fonte del danno non come atto ma come fatto. A prescindere dalla evidente ricomprensione in un unico istituto delle due forme di tutela reintegratoria (quella in forma specifica e quella risarcitoria) ad opera dell'art. 35, primo e quarto comma del D.Lgs. n. 80 del 1998 (così come riscritto dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000), nel sistema delineato dal citato art. 7 della legge n. 205 del 2000 non vi è spazio per questa soluzione che collide col sistema e diventa una ingiustificata forma di trasformismo”*.

Senza tacere che la perdurante efficacia del provvedimento illegittimo dovrebbe in sostanza leggersi quale chiaro sintomo di assenza di ingiustizia di quest'ultimo, con conseguenti impossibilità di ritenere integrati i requisiti del diritto al risarcimento. A sostegno della propria tesi, il TAR richiama

---

(39)Rinviano direttamente a tale precedente richiamandone le motivazioni, T.A.R. Torino n. 4130/2006, T.A.R. Reggio Calabria n. 1771/2006, T.A.R. Salerno n. 1754/2006, T.A.R. Salerno n. 1953/2006, T.A.R. Salerno n. 2176/2006, T.A.R. Napoli n. 7797/2006. Contiene la medesima motivazione, T.A.R. Lecce n. 4013/2006, T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. I, 16 aprile 2007.

una pronuncia della stessa Corte di Cassazione (40), nella quale è espressamente chiarito che “*sul piano dei principi propri dell’ordinamento amministrativo, è affidata, nei casi di attribuzione di potere provvedimentoale, alla potestà disciplinatrice e ordinatrice dell’amministrazione, la creazione della regola del caso concreto. All’atto programmatico che la esprime, tutti, compresa l’amministrazione, devono adeguare la propria condotta, indipendentemente dalla sua conformità alla legge (cd. principio di dissociazione tra validità ed efficacia dell’atto), fino a quando l’invalidità non sia accertata secondo le procedure previste*”.

Dal che, “*in assenza della rimozione dell’atto, il permanere della produzione degli effetti è conforme alla volontà della legge, e la necessaria coerenza dell’ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi*” (41).

In definitiva accogliere la tesi contraria significherebbe giungere alla fissazione del principio di diritto al di fuori dell’oggetto del processo, così concretizzando un vero e proprio *obiter dictum* (42).

Quel che è certo è che finora il giudice amministrativo è sembrato fermo, da quanto emerge non solo dagli arresti dei T.A.R. e della maggior parte del Consiglio di Stato ma anche dalle indicazioni dottrinarie provenienti dalla stessa area (43), nel ribadire la necessità della azione pregiudiziale amministrativa. Le argomentazioni non sono dissimili da quelle sopra ricordate: che il risarcimento del danno può venire in considerazione come effetto dell’annullamento e non come rimedio autonomo che prescinde dall’annullamento, atteso che nel sistema processuale amministrativo, laddove vi sia un

(40) Cass., n. 27 marzo 2003, n. 4538.

(41) La sentenza della Corte di Cassazione prosegue affermando nei termini seguenti il relativo principio di diritto: “*La non conformità di una situazione giuridica al diritto oggettivo (cd. antiggiuridicità in senso oggettivo), quale elemento costitutivo della fattispecie attributiva del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell’art. 2043 cod. civ., non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato, sicché, ove l’accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio, in quanto l’interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, transazione, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere rigettata perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito.*”

(42) Per la nozione si rinvia all’analisi compiuta da PIERLUIGI CHIASSONI nel saggio “*Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*” ([www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2004/07chiassoni.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf)). La definizione risultante è la seguente: un “*obiter dictum*” è un insieme di enunciati giudiziali del più vario contenuto (potendo esprimere, alternativamente: una norma di condotta, l’interpretazione di un articolo di legge, un’argomentazione o un frammento di argomentazione in diritto, una definizione, un’opinione concernente un istituto del diritto positivo, ecc.), formulato all’interno di una sentenza, il quale risulti essere *irrilevante*, o *rilevante ma dispensabile*, rispetto alla decisione adottata, nella prospettiva di un qualche metodo di analisi della sentenza.

(43) DE NICTOLIS R., *Il risarcimento dei danni cagionati dalla P.A.*, op. cit. pag. 70 ss.

atto amministrativo illegittimo, la possibilità di conseguire il risarcimento del danno passa necessariamente attraverso la preventiva rimozione dell'atto. È ancora l'art. 7 Legge T.A.R., per il quale il g.a. conosce "anche" dell'"eventuale" risarcimento del danno e degli altri diritti patrimoniali consequenziali a costituire il dato normativo di riferimento, come tale costantemente citato al fine di supportare l'assunto per cui il potere del g.a. di conoscere di eventuali domande risarcitorie non costituisce una autonoma giurisdizione, in quanto il suo potere risarcitorio è un rimedio ovvero una delle varie azioni ad esso proponibili, a carattere "ulteriore ed eventuale", da cui discende la conseguenza che l'azione risarcitoria non può esercitarsi in una unica azione, che prescinda da quella demolitoria/impugnatoria.

Il g.a. nasce e trova legittimazione come giudice del corretto esercizio della funzione pubblica, rispetto alla quale il sindacato impugnatorio è sorto come rimedio accessivo, a seguito della elaborazione in via pretoria. Certo non può tacersi come certi argomenti addotti dai sostenitori della pregiudiziale abbiano anche rilevanti profili pratici. Così, per. es., quando si pone l'accento sul fatto che il risarcimento del danno, senza previo annullamento proposto nel rispetto del termine decadenziale, aprirebbe uno scenario di incertezza e instabilità per gli atti amministrativi, oltre a pericoli di accertamenti incidentali superficiali, specie a fronte di azioni volutamente proposte con largo ritardo rispetto all'atto stesso, e quindi in un momento nel quale appare difficile, se non impossibile, la corretta ricostruzione del quadro probatorio. Il rischio maggiore di tali temuti effetti distorsivi si ravvisa in uno dei campi più delicati della attività amministrativa, che è quello delle gare e degli appalti pubblici. Basti pensare all'ipotesi di acquiescenza prestata dal secondo classificato nella gara di aggiudicazione, in astratto dotato di migliori requisiti rispetto all'aggiudicatario, che porterebbe al duplice negativo risultato di affidare lo svolgimento dell'appalto ad un soggetto in sostanza meno idoneo e di esporre l'amministrazione anche al rischio di una condanna risarcitoria in favore del soggetto non aggiudicatario.

In disparte il rilievo, pur talvolta evidenziato, del rischio di un effetto dirompente anche sul bilancio dello stato, vero è che la tesi favorevole poggia anche sul dato normativo di cui all'art. 5 della legge sulla abolizione del contenzioso amministrativo all. E, richiamato nella A.P. n. 4/2003, dal quale si fa tradizionalmente discendere il divieto, per il g.a. di disapplicazione dell'atto amministrativo, essendogli precluso di sindacare la funzione amministrativa sotto il profilo della violazione di legge o dell'eccesso di potere in via meramente incidentale, senza cioè efficacia di giudicato. Da tale osservazione, la logica conseguenza che non pare possibile, per legge, accordare tutela risarcitoria in virtù di un atto che, per non essere stato oggetto di previo annullamento, è, in tesi, pienamente efficace, a meno di non volerlo, quanto meno *per incidens*, disapplicare.

Ancora, nella stessa direzione, non può non tenersi conto di ulteriori obiezioni: del fatto che in concreto anche la condotta omissiva del soggetto danneggiato, in termini di mancata impugnazione, può concorrere all'evento lesivo; che l'esecuzione dell'atto amministrativo, illegittimo/illecito ma

non annullato, continua a costituire per la P.A. un dovere giuridico, finanche penalmente sanzionabile come abuso d'ufficio; che dal giudicato risarcitorio dovrebbe discendere, per coerenza interna al sistema, un obbligo a carico della P.A. di auto-annullamento, in realtà non previsto da alcuna disposizione di legge.

La conclusione è limpidamente esposta dal Consiglio di Stato che difatti sottolinea come *“qualora il g.a. voglia pronunciarsi sul risarcimento del danno da attività illegittima della P.A., non possa prescindere dal previo accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo nel contesto dell'unico strumento di cui disponga: la cognizione diretta prevista dal processo di annullamento”*(44).

*5. L'ordinanza n. 75 /2007 del C.G.A. e le sentenze n. 386/2007 del C.G.A. e 31 maggio 2007 n. 2822 della V Sezione del C.d.S.: il g.a. apre alle Sezioni Unite?*

Alle tre ordinanze della Suprema Corte di Cassazione, che costituiscono senza dubbio l'attuale punto fermo della posizione del giudice ordinario sul tema della pregiudiziale amministrativa, pur nella consapevole divergenza con l'orientamento del Consiglio di Stato espresso nella A.P. n. 4/2003, va riconosciuto un effetto ulteriore, quello, cioè, di avere riportato il problema alla attenzione del giudice amministrativo, che difatti non ha mancato di cogliere la segnalazione.

A richiedere un ulteriore approfondimento del sistema della pregiudizialità amministrativa ha provveduto il Consiglio di Giustizia Amministrativa, che, con l'ordinanza in data 2 marzo 2007 n. 75, ha rimesso all'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il compito di prendere una delineata posizione sul punto della sussistenza o meno della pregiudiziale amministrativa.

Compito non certo facile, come è reso palese dal fatto che la Adunanza Plenaria, con la attesa decisione n. 9/2007 ha evitato di affrontare il tema in esame.

Chiamata infatti a pronunciarsi su una controversia in punto di espropriazione, nella quale si poneva un concreto problema di rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria tale da costituire terreno per una chiara presa di posizione, ha invece sorvolato sulla pregiudiziale, in contrasto anche con quanto auspicato dalla stessa Sez. V nella decisione n. 2822 del 31 maggio 2007, testualmente affermando che *“il presente giudizio non costituisce occasione processualmente idonea per affrontare la relativa e complessa problematica (della pregiudiziale)”*. Tanto perché, a parere della Adunanza Plenaria, nella specie neanche poteva discutersi di un diritto a contenuto risarcitorio difettando il presupposto della sussistenza dell'atto amministrativo illegittimo. Soluzione questa che in realtà presenta diversi profili di let-

---

(44) C.d.S. sez. VI, n. 3717 del 21 giugno 2006.

tura, qualora si consideri che, portando alle estreme conseguenze il ragionamento della A.P., la conclusione è che in siffatte ipotesi è ammissibile la tutela risarcitoria diretta. Sintomo questo di un prevedibile ma forse non più giustificabile “temporeggiamento” del C.d.S. stesso, considerati i contrasti esistenti in seno alla stessa magistratura amministrativa, tali da aggiungersi all’originario divario di posizioni già esistente tra il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione.

Manifestazioni esplicite di questa “parziale” ed obiettiva “inversione di tendenza” sono la sentenza 18 maggio 2007 n. 386 della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Giustizia Amministrativa della regione Sicilia e la sentenza 31 maggio 2007 n. 2822 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato. È sufficiente infatti leggere cosa scrive il C.G.A. per rendersi conto di ciò: “ *alla luce delle ordinanze del 13 giugno 13569 e 13660 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, deve essere superata la rigida affermazione della necessaria pregiudizialità del giudizio d’annullamento dell’atto “al fine di poter ottenere il risarcimento del danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo”*”; in sostanza, il giudice siciliano, che pure ha rimesso esso stesso la questione alla A.D., sembrerebbe non ritenere indispensabile attendere la relativa decisione, e chiarisce come l’azione di annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo e quella di risarcimento del danno da esso causato siano due rimedi distinti ed autonomi, che la legge offre ai privati a garanzia delle loro posizioni di interesse legittimo.

E non solo. La sentenza stessa afferma che “ *re melius perpensa*”, cioè a seguito di una più attenta e ponderata valutazione, la cd. pregiudiziale amministrativa non costituisce ostacolo in ordine “*alla ammissibilità di domande esclusivamente risarcitorie*”, con la conseguenza che la omessa impugnazione del provvedimento lesivo entro il termine decadenziale non deve rendere inammissibile *ex se* la proposizione della eventuale domanda relativa al risarcimento del danno. Il C.G.A. mostra di recepire e di conseguenza avallare l’impostazione della Corte di Cassazione, laddove sostiene che la subordinazione di una eventuale domanda risarcitoria al preventivo esperimento della azione demolitoria, entro il termine perentorio previsto *ex lege*, costituisce una inconcepibile compressione della tutela giurisdizionale offerta ai privati e il frutto di una incompleta lettura dell’art. 24 della Costituzione, norma che se da un lato sembra legittimare una distinzione sostanziale dell’interesse legittimo dal diritto soggettivo, dall’altro non sembra autorizzare alcuna disparità di trattamento tra le due situazioni giuridiche soggettive, quanto alle garanzie processuali ad esse applicabili tra le quali rientra, a pieno titolo, il risarcimento del danno. Ammettere il contrario significherebbe sia forzare il dettato costituzionale, sia anche non tenere nella dovuta considerazione le evoluzioni legislative, quali il D.Lgs. 80/98 e la Legge. 205/2000, e giurisprudenziali, prime fra tutte le sentenze Cass, n. 500/99 e n. 204/2004 della Corte Cost., che hanno contribuito a rendere l’interesse legittimo una situazione giuridica soggettiva piena da un punto di vista sia sostanziale che processuale.

In analogia al C.G.A. si pone anche la Sezione Quinta del Consiglio di Stato con la sentenza 31 maggio 2007 n. 2822. Esplicitamente il Collegio avverte che, in punto di pregiudiziale amministrativa, nel giudizio avanti al g.a., occorre fare ricorso ai principi di diritto fissati dalle SS. UU. della Cassazione nelle sentenze del giugno 2006 nn. 13569 e 13660. Pertanto la domanda relativa al risarcimento del danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo ben “*deve*” proporsi avanti al g.a., individuato come il giudice unico, “*monocratico*” delle situazioni giuridiche di interesse legittimo, e tale domanda può postularsi anche prescindendo dall’utile e preventivo esperimento della domanda di annullamento, laddove per utile si deve intendere, *ipso facto*, la necessità per la parte istante di ottenere dal g.a. una pronuncia costitutiva di annullamento nel merito. Pertanto, sotto tale profilo, sembra emergere, dall’esame dell’impianto complessivo della motivazione, l’intenzione del Collegio di superare il sistema della pregiudiziale amministrativa, avallando, al pari del C.G.A., la impostazione delle SS. UU. della Corte di Cassazione .

Certo non può trascurarsi di evidenziare come la Sezione Quinta, nella motivazione della sentenza, consapevolmente “aggiusti il tiro” delle sue affermazioni, così come quando aggiunge, quasi a voler comporre il conflitto tra i due ordini giurisdizionali, che l’impostazione della Corte di Cassazione, cui dichiara di aderire, non deve necessariamente considerarsi contrastante con quella della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, costituendo al contrario entrambe il *background* delle successive sentenze della Corte Costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006 ( rese in punto di risarcibilità dell’interesse legittimo).

Ciò considerato, il Collegio, nel sottolineare il carattere “*rimediale*”, aggettivo testualmente mutuato dal lessico adottato dalla Consulta nella sentenza 191/2006, del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, nel senso che esso sia da considerarsi una forma di tutela complementare rispetto a quella “*principale*” costituita dallo strumento meramente impugnatorio, aggiunge come “*il g.a. non abbia motivo di discostarsi dalle ragioni fondamentali delle SS. UU.*”, atteso che esse hanno sia ribadito la rilevanza dell’interesse legittimo, quale situazione soggettiva la cui tutela è tradizionalmente devoluta alla cura del g.a., sia contribuito anche a rafforzare gli strumenti di tutela conferiti dalla legge a tale giudice. Secondo la V sezione, in sostanza, le impostazioni del C.d.S. e delle SS.UU. non devono necessariamente considerarsi inconciliabili. Ciò sembrerebbe evidenziare la volontà della Quinta Sezione di giungere ad una posizione equilibrata, che tenga conto delle istanze provenienti da entrambe le parti, nell’ottica di un definitivo allineamento dell’interesse legittimo con il diritto soggettivo, per il quale la legge pacificamente prevede la possibilità di forme di tutela di tipo esclusivamente risarcitorio. Risultato da ritenersi giustamente conseguibile anche per l’interesse legittimo, nella considerazione che la legge non dovrebbe né obbligare i privati ad azionare strumenti di tutela, cui potrebbero non essere interessati, e che il rimedio risarcitorio non dovrebbe considerarsi come “*necessariamente*” convivente con quello annullatorio.

Come è evidente trattasi di affermazioni in linea con le SS.UU., laddove si legge ancora che *“l’interesse legittimo va perdendo la sua tradizionale funzione meramente famulativa od ancillare rispetto al pubblico interesse per assumere connotati più marcatamente sostanziali”*.

Ciò significa che già per una parte della giurisprudenza amministrativa l’interesse legittimo è letto quale situazione giuridica soggettiva piena, tutelabile con tutte le tipologie di rimedi offerti dalla legge, tra i quali i privati dovranno ragionevolmente scegliere quello che all’uopo più si confà alla loro singola fattispecie giuridica; ciò ovviamente, senza comportare la necessità, per i privati, di azionare tutti i rimedi previsti dalla legge, nel timore che il mancato esperimento di uno comporti irrimediabilmente l’impossibilità di azionare gli altri.

Tali assunti non esauriscono gli spunti riflessivi offerti dalla decisione in rassegna, in quanto è intuibile come il superamento della pregiudizialità comporta necessariamente l’esame del consequenziale tema della disapplicazione amministrativa. Sul punto la V sezione ritiene che ammettere la possibilità per i privati di proporre domande risarcitorie autonome non significherebbe attribuire al g.a. la facoltà di conoscere della legittimità dei provvedimenti amministrativi in via meramente incidentale e, di seguito, di disapplicarli, possibilità categoricamente preclusa dagli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo All. E, in quanto rimessa in via esclusiva al solo g.o., quanto invece *“postulare la loro efficacia, posto che un provvedimento amministrativo è efficace non solo se è legittimo nel senso che rispetta i parametri sostanziali previsti dalla legge, ma anche se è lecito, nel senso che non ha prodotto alcun tipo di pregiudizio nella sfera giuridico-soggettiva dei suoi destinatari”*.

In realtà, è proprio sul terreno della disapplicazione che la decisione in commento offre i profili di maggior rilievo, nella parte in cui evidenzia che nel giudizio risarcitorio trova spazio, a ben vedere, anche il giudizio sulla legittimità dell’atto, giudizio che costituisce uno degli elementi fondamentali dell’azione *ex art. 2043 c.c.* La Quinta Sezione si spinge infine ad individuare i temi *de iure condendo*: *apertis verbis* afferma infatti che il sistema della pregiudiziale amministrativa, così delineato, presenta comunque *“non pochi spazi di ulteriore completamento che dovrebbero necessariamente essere colmati possibilmente in via pretoria, nell’attesa di un auspicabile e quanto mai doveroso intervento normativo”*, da attuarsi tenendo conto anche delle indicazioni derivanti proprio dalla evoluzione giurisprudenziale. In questa fase quindi spetta al g.a. non solo il compito di pronunciarsi sulle eventuali domande risarcitorie autonome dei privati, dovendosi di conseguenza escludere qualsiasi forma di competenza del g.o., ma anche il compito di individuare *“gli strumenti necessari adatti a completare l’intero sistema del riparto delle giurisdizioni e della tutela dell’interesse legittimo”*, preparando, per così dire, *“il campo”* a quello che dovrà essere il successivo e definitivo intervento autonomo del legislatore ordinario.

In definitiva la Quinta Sezione del Consiglio di Stato si allinea con il C.G.A., quali frange quasi *“ribelli”* all’interno del C.d.S. stesso, ma non è

dubbio che gli sforzi interpretativi sono in ultima analisi tesi a contemperare le diverse esigenze che si colgono all'interno della giurisdizione amministrativa: da un lato di non svuotare di effettività le competenze del giudice amministrativo e dall'altro di prendere comunque atto, apprestando gli opportuni rimedi, del cambiamento dei rapporti tra pubblica amministrazione e società civile, e della esigenza di effettività della tutela, in applicazione concreta del principio del giusto processo, di cui la soggettivizzazione dell'interesse legittimo è forse l'aspetto giuridicamente più rilevante.

#### 6. *La pregiudizialità amministrativa: un falso problema?*

Un approccio sistematico al tentativo di trarre conclusioni non può prescindere dalla analisi storica dello stesso. È pacifico infatti che la tesi della pregiudizialità amministrativa affonda le sue radici in un momento storico affatto diverso, riveniente dal dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo e dalla teoria della degradazione e successiva riespansione del diritto soggettivo ad opera, rispettivamente, del provvedimento amministrativo e del successivo giudicato caducatorio. Poiché l'atto amministrativo era idoneo a degradare il diritto soggettivo ad interesse legittimo, scattava l'onere per il soggetto leso di impugnarlo previamente per ottenerne l'annullamento, inteso quindi non solo come presupposto processuale, ma anche sostanziale per il successivo risarcimento del danno, in quanto attraverso esso il diritto soggettivo veniva a riespandersi in tutta la sua pienezza. Anche in tale ipotesi quindi *conditio sine qua non* della risarcibilità era il fatto che l'interesse legittimo avesse quale presupposto il diritto soggettivo (secondo l'autorevole insegnamento di Eugenio Cannada-Bartoli).

La fattispecie tipica era quella espropriativa, ovvero quella ablativa di una posizione giuridica attiva già concessa e poi revocata. Ma, superato l'assioma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, la conseguente costruzione giurisprudenziale sembra ormai priva di sicuro fondamento.

Intanto un rilievo di natura tecnica subito si impone. La pregiudizialità nel sistema del diritto processuale ha ad oggetto una questione che sta al di fuori della causa nell'ambito della quale è sollevata. Ma, qualora si vada ad analizzare la struttura dell'azione di risarcimento per responsabilità amministrativa, non può non rilevarsi che la valutazione della illegittimità dell'atto e dell'illiceità della condotta sottostante, lungi dal costituire una "questione pregiudiziale", si pone invece come momento centrale del giudizio risarcitorio, atteso che esso altro non è se non l'oggetto dell'accertamento dell'*an* della pretesa dedotta in giudizio.

In altri termini l'affermazione della risarcibilità della situazione giuridica lesa passa attraverso l'accertamento della illegittimità/illiceità dell'atto, quale componente principale del *thema decidendum* del giudizio risarcitorio. Ne discende che ciò che già appartiene all'oggetto del giudizio non può costituire oggetto di una questione pregiudiziale. Sotto questo profilo si coglie la importanza peculiare del giudizio sulla "colpa" della amministrazione e sulla violazione delle regole di condotta, nel che si sostanzia uno dei requisiti di cui al 2043 c.c. Ma di tale rilievo lo stesso Consiglio di Stato si

è fatto carico (45), se pure al diverso fine di affermare che la pregiudiziale in discorso ha natura logica e non tecnica, quando testualmente afferma che *“l’illegittimità dell’atto è un elemento (non un presupposto esterno) della fattispecie di cui all’art. 2043 c.c., e, quindi, deve ritenersi esistente una pregiudizialità logica e non tecnica”*.

Ma non si vede, una volta che comunque sia riconosciuto come l’accerciamento dell’*an* attenga alla fattispecie principale, risarcitoria, l’utilità di accogliere una simile distinzione che, comunque, sul piano pratico non conduce a risultati positivamente valutabili, qualora si consideri che è comunque l’analisi del provvedimento, in termini di liceità/illiceità, a sussumere la fattispecie nel paradigma dell’art. 2043 c.c.

In realtà, sembra piuttosto che l’esperimento della previa azione di legittimità piena espliciti i suoi effetti sul diverso terreno del *quantum* risarcitorio. È innegabile infatti che, sia in ipotesi di lesione di interesse legittimo oppositivo che pretensivo, la immediata reazione del soggetto, e il conseguente giudicato favorevole esplicano effetti giuridici nella sfera del destinatario, o rimuovendo immediatamente dal mondo giuridico l’atto lesivo, così evitando il prodursi di ulteriori effetti dannosi, ovvero obbligando l’amministrazione alla adozione dell’atto richiesto, ovvero rimuovendo il diniego illegittimo ed imponendo alla P.A. l’adozione dei conseguenti atti conformativi. In entrambi i casi la lesione subita viene ad ottenere una immediata soddisfazione, non ovviamente ottenibile quando il soggetto inciso rimanga inerte. È, dunque, sul terreno della “monetizzazione” del danno che rileva il comportamento del privato inerte, nel senso che il g.a. non potrà non valutarlo e decidere in conseguenza, limitando il risarcimento stesso alla sola misura differenziale che non sarebbe comunque stata soddisfatta con il giudicato ottenuto in sede di legittimità.

Sotto questo profilo è l’art. 1227 c.c. a rivelare nuovi spunti applicativi: la mancata reazione all’atto/comportamento illegittimo è qualificabile quale fatto colposo del creditore che ha concorso a cagionare il danno, idoneo pertanto a diminuire il risarcimento, o addirittura ad eliderlo, secondo la gravità della colpa e le conseguenze derivatene. La sanzione appare in tal caso del tutto coerente con il sistema del risarcimento del danno, in quanto espressione del generale principio per cui non sono risarcibili i danni causati dallo stesso soggetto leso, quando la scelta del ricorrente di non attivare la tutela annullatoria (potendosi però, in tal caso, prevedere “una via di fuga” garantendo la possibilità di dimostrare la prova contraria o la esistenza di una causa di forza maggiore) integri un comportamento gravemente colposo o addirittura doloso; in questo modo il privato verrebbe sì messo nelle condizioni di poter optare per il solo rimedio risarcitorio, ma sarebbe anche “avvisato” delle conseguenze eventualmente negative che da tale scelta potrebbero derivare.

Certo la definitiva abolizione della pregiudizialità amministrativa apre lo spazio a ulteriori e non indifferenti problemi, che non sembrano tuttavia, *de*

---

(45) C.d.S., sez. VI, n. 3717 del 21 giugno 2006, *cit.*

*iure condendo*, irrisolvibili. Così nulla osta che sia previsto in via legislativa un diverso e più breve termine di prescrizione per l'azione risarcitoria da illecito amministrativo, non necessariamente ancorato al termine quinquennale di cui all'art. 2947 c.c. (46), per evitare che l'amministrazione resti irragionevolmente esposta a tardive, quanto capziose, azioni risarcitorie, o forse, soprattutto, che si preveda in *subjecta materia* una disciplina speciale, analoga a quella contenuta nell'art. 24 comma 6 *bis* legge n. 262/2005, che limita la responsabilità delle Autorità indipendenti ai soli danni causati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave. Vero è che tale norma, che sembra porre una sorta di sfera privilegiata non facilmente giustificabile, appare essere un *unicum* nel panorama normativo attuale in punto di responsabilità della P.A., e quindi di non immediata e facile estensione, qualora si consideri che in base ai principi generali l'amministrazione risponde anche nei casi di colpa lieve. Ciò non toglie come potrebbe rivelarsi un valido termine di riferimento, in una prospettiva che tenda ad uniformare, o in un senso o nell'altro, il regime della responsabilità della P.A.

In questo variegato panorama di interrogativi, le recenti aperture del giudice amministrativo sono indice di una sicura volontà di soluzione del problema in senso conforme al giudice ordinario. Specie la decisione n. 2822/07, che, lungi dall'incrinare la sfera di attribuzioni del giudice amministrativo, tende invece al contrario a rafforzarne la posizione laddove velatamente lo "candida" quale l'organo deputato ad individuare, in via pretoria, i principi di completamento del sistema delle tutele dei quali dovrà poi tenere conto il legislatore ordinario, segna un arresto imprescindibile, delle cui motivazioni la stessa Plenaria non potrà non farsi carico nel momento in cui deciderà che la decisione sulla pregiudizialità non è più procrastinabile. Certo è che il compito del Consiglio di Stato appare decisamente alleggerito, nel senso che la soluzione prospettata dalla sezione V e dal C.G.A., largamente condivisa dalla dottrina (47), rafforza addirittura per certi aspetti la posizione del giudice amministrativo, specie nella parte in cui rimette, in via preliminare, l'individuazione dei principi di completamento del sistema delle tutele alla giustizia amministrativa stessa, presuntivamente considerata, in tale ambito, più "tecnica" del legislatore ordinario. D'altra parte è già stato osservato come il giudice amministrativo "non deve avere paura" di abbandonare la strada della pregiudizialità ed aprire alla Cassazione; non è quindi forse sbagliato ritenere che la Sezione Quinta sia pervenuta alla descritta impostazione, anche per la consapevolezza che l'esigenza di una compiuta opera di mediazione tra le tesi contrastanti è ormai insopprimibile, e che una delle soluzioni possibili per la mediazione stessa è la accettazione,

---

(46) Termini più brevi del quinquennio sono già previsti dall'ordinamento in fattispecie particolari. Così dagli artt. 2950 ss. c.c.

(47) Cfr. da ultimo, PELLEGRINO G., *Il giudice amministrativo non abbia paura*, nota a C.d.S. Sez. V, n. 2822 del 31 maggio 2007.

ma “condizionata”, dei principi proposti dalle Sezioni Unite della Cassazione, quasi a voler intendere, da un lato, che può essere giusto abbandonare la pregiudiziale amministrativa, ma che, dall’altro, le “condizioni” di tale abbandono saranno “dettate” dal Consiglio di Stato, cui spetterà rispondere ad alcuni degli interrogativi sollevati dalla sentenza 2822/2007. Primo fra tutti chiarire in via definitiva se il rimedio risarcitorio costituisca una forma di tutela “complementare” ed eventuale dell’interesse legittimo – che può venire in essere solamente se considerato in via unitaria con lo strumento impugnatorio (di cui costituirebbe, quindi, una estensione “completiva”) (48), ovvero se, di converso, debba intendersi come un rimedio autonomo, nel senso di essere posto, a tutti gli effetti, sullo stesso piano rispetto a quello demolitorio. Le conseguenze derivanti dall’una o dall’altra delle due impostazioni sono sostanziali: qualora si accedesse alla prima delle due soluzioni, non si potrebbe fare a meno della pregiudiziale amministrativa in senso tecnico, posto che il risarcimento del danno sarebbe subordinato all’effettivo utile esperimento della azione d’impugnazione, con conseguente sua sottoposizione ad un termine esclusivamente prescrittivo; qualora, invece, si adottasse la seconda delle soluzioni proposte, che sembrerebbe potersi desumere dal disposto dell’art. 7 della legge 205/2000, ne deriverebbe l’abbandono definitivo della pregiudiziale, ma anche la contestuale necessità di prevedere un obbligatorio e ragionevole termine di decadenza per l’esperimento della azione principale di risarcimento, così come accade per la azione di annullamento.

In conclusione appare auspicabile un ripensamento dell’Adunanza Plenaria in tema di pregiudizialità, nella considerazione che la sua elisione appare tenere conto del mutato rapporto tra P.A. e società, della evoluzione della giustizia amministrativa italiana, della oramai pacificamente ammessa risarcibilità dell’interesse legittimo, ma anche e soprattutto del dato per cui la effettiva cura del cittadino nei confronti della attività della P.A. non può essere ristretta quanto alle modalità di tutela, né tanto meno frazionata in molteplici sedi giudiziarie, quanto alle possibilità di giustiziabilità. Né l’abbandono della pregiudiziale appare idoneo a concretizzare quelle lesioni di competenze e attribuzioni temute dal C.d.S. In verità tali paure appaiono infondate: la caduta della pregiudiziale non necessariamente comporterà un indebolimento della potestà del g.a., poiché, al contrario, potrebbe arricchirla, nel senso che potrebbero svilupparsi – come di recente è stato sostenuto – in capo al g.a. nuove “frontiere” nella tutela dell’interesse legittimo, che il g.a. stesso non dovrebbe temere di percorrere, stante il suo “storico” ruolo di giudice della “moderna complessità”(49).

---

(48) Ricostruzione, peraltro, continuamente ribadita dagli organi di giustizia amministrativa a più riprese. Si veda per tutte, a titolo meramente esemplificativo, T.A.R. Sicilia, Sez. I, 7 luglio 2007, n. 1629; ma anche C. d. S., Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136.

(49) PELLEGRINO, *op. cit.*



# INDICI SISTEMATICI

## 1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

MAURIZIO BORGO, <i>Sulla competenza in materia di ricongiungimento familiare</i> . pag.	41
VINCENZO CARDELICCHIO, FABRIZIO GALLO, <i>La Stazione unica appaltante provinciale (S.U.A.P.) di Crotona: genesi e prospettive evolutive</i> . . . . . »	26
FILIPPO D'ANGELO, <i>La pregiudiziale amministrativa nella giurisprudenza: dall'adunanza plenaria n. 4/2003 alla decisione n. 2822/07 della quinta sezione del Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo apre alla Cassazione?</i> . . . . . »	412
GIANNI DE BELLIS, <i>Il meccanismo dell'IVA italiana al vaglio della Corte di Giustizia</i> . . . . . »	221
MICHELE DIPACE, <i>Responsabilità amministrativa, azione di responsabilità sociale e principio di parità.</i> . . . . . »	389
CHIARA DI SERI, <i>Le misure cautelari nei confronti di atti legislativi in contrasto con il diritto comunitario</i> . . . . . »	209
GIUSEPPE FIENGO, <i>Un significativo allargamento dell'in house providing</i> . . . . . »	254
MAURIZIO FIORILLI, <i>Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee dell'anno 2006 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia</i> . . . . . »	45
OSCAR FIUMARA, <i>Discorso in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario – Roma, 26 gennaio 2007.</i> . . . . . »	1
ANDREA GUAZZAROTTI, <i>Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?</i> . . . . . »	4
GLAUCO NORI, <i>La cosa giudicata nazionale nel diritto comunitario</i> . . . . . »	289
VALERIA SANTOCCHI, <i>L'Italia e le sue seimila discariche abusive</i> . . . . . »	267

## 2 – INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE	
Ord.19 dicembre 2006 nella causa C-503/06 . . . . . »	214

Ord. 27 febbraio 2007 nella causa C-503/06 . . . . .	pag.	218
Sent. 15 marzo 2007 nella causa C-35/05 . . . . .	»	246
Sent. 19 aprile 2007 nella causa C- 295/05 . . . . .	»	255
Sent. 26 aprile 2007 nella causa C-135/05 . . . . .	»	279
Sent. 18 luglio 2007 nella causa C-119/05 . . . . .	»	301

#### CORTE COSTITUZIONALE

Sent. 9-23 maggio 2007 n. 171 . . . . .	»	16
---	---	----

#### TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

Sez. 1° , decreto 8 maggio 2007 . . . . .	»	41
---	---	----

### 3. INDICE DEGLI ARGOMENTI

COMUNITÀ EUROPEE - Aiuti di Stato – CECA – Industria siderurgica – Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune – Recupero – Autorità di cosa giudicata della sentenza di un organo giurisdizionale nazionale . . . . .	»	301
COMUNITÀ EUROPEE – Domanda di pronuncia pregiudiziale – Ricevibilità – Art. 86, n.1, Ce – Mancanza di portata autonoma – Elementi che consentono alla Corte di rispondere utilmente alle questioni ad essa sottoposte – Dir. 92/50/CEE, 93/36/CEE, e 93/37/CEE – Normativa nazionale che consente ad un’impresa pubblica di eseguire per diretto incarico da parte di amministrazioni pubbliche operazioni senza applicazione del regime generale d’aggiudicazione degli appalti pubblici – Struttura di gestione interna – Presupposti - L’autorità pubblica deve esercitare su di un ente distinto un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi – L’ente distinto deve realizzare la parte più importante della propria attività con l’autorità pubblica o le autorità pubbliche che lo controllano . . . . .	»	255
COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Gestione dei rifiuti – Direttive 75/442/CEE, 91/689/CEE e 1999/31/CE . . . . .	»	279
COMUNITÀ EUROPEE – Ottava direttiva IVA – Artt. 2 e 5 – Soggetti passivi non residenti all’interno del paese – Imposta indebitamente versata – Modalità per il rimborso . . . . .	»	246
COMUNITÀ EUROPEE – Procedimento sommario – Domanda di sospensione dell’esecuzione e domanda di provvedimenti provvisori – Domanda di pronuncia <i>inaudita altera parte</i> – Protezione degli uccelli – Deroche . . . . .	»	214
COMUNITÀ EUROPEE – Procedimento sommario – Domanda di sospensione dell’esecuzione e domanda di provvedimenti provvisori – Decisione presa <i>inaudita altera parte</i> – Non luogo a provvedere . . . . .	»	218

### 4. PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

**A.G.S. – Parere del 2 gennaio 2007, n. 4** (*reso dall’Avvocatura Generale in via ordinaria*).

Validità della nomina a membro di commissione del concorso interno per titoli ed esami (per l’accesso alla qualifica di primo dirigente del Corpo

Forestale dello Stato) di un consigliere comunale. Effetti sugli atti del procedimento (cs.45306/06, avv. P. Marchini) . . . . . pag.	341
<b>A.G.S. – Parere del 5 gennaio 2007, n. 1466.</b>	
Ravvedimento operoso in materia di imposta di consumo sull'energia elettrica (cs.64227/05, avv. G. Mandò) . . . . . »	346
<b>A.G.S. – Parere del 9 gennaio 2007, n. 3243.</b>	
Sicurezza sul lavoro. Potere di accesso all'alloggio di rappresentanza del Prefetto. Decr. Legislativo n. 626/94 (cs. 24198/05, avv. Giovagnoli – <i>interim</i> avv. M. Borgo) . . . . . »	348
<b>A.G.S. – Parere del 9 gennaio 2007, n. 3245.</b>	
Applicazione delle disposizioni di cui all'art. 20, co.1, L.241/90 ai procedimenti di competenza dell'Ufficio nazionale per il servizio civile (cs. 48161/06, avv. F. Varrone) . . . . . »	350
<b>A.G.S. – Parere del 13 febbraio 2007, n. 18543.</b>	
Inapplicabilità dell'art. 4 co. 2 bis L. 168/05 al concorso notarile e alle altre procedure concorsuali a numero chiuso (cs. 43036/06, avv. W. Ferrante) . . . . . »	352
<b>A.G.S. – Parere del 20 febbraio 2007, n. 21716.</b>	
Decreti liquidazione compensi per attività di assistenza e difesa di soggetti ammessi al gratuito patrocinio (cs. 3822/07, avv. C. Colelli) . . . . . »	356
<b>A.G.S. – Parere del 26 febbraio 2007, n. 24832.</b>	
Accademia dei Georgofili. Uso gratuito o agevolato della sede di proprietà demaniale (cs. 40863/06, avv. A. Palatiello) . . . . . »	360
<b>A.G.S. – Parere del 6 marzo 2007, n. 29057.</b>	
Contributi universitari per gli studenti stranieri dell'Accademia di belle arti di Brera (cs. 43149/06, avv. G. Aiello) . . . . . »	363
<b>A.G.S. – Parere del 14 marzo 2007, n. 32868 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).</b>	
Proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area di Tuvixeddu – Tuvumannu in Cagliari ex art. 138, d.lgs. 42/04 (cs. 10475/07, avv. M. Borgo) . . . . . »	364
<b>A.G.S. – Parere del 15 marzo 2007, n. 33252.</b>	
Assistenza tecnica dell'Agenzia del Demanio nel processo dinanzi alle Commissioni Tributarie (cs. 40972/06, avv. F. Favara) . . . . . »	368
<b>A.G.S. – Parere del 30 marzo 2007, n. 41082.</b>	
Cartolarizzazione alloggi di servizio (cs. 8711/07, avv. P. Gallo) . . . . . »	370
<b>A.G.S. – Parere del 14 aprile 2007, n. 46456.</b>	
S. s.p.a. – Ordine del giorno dell'assemblea ordinaria degli azionisti – Individuazione dell'organo competente per la redazione del progetto di bilancio dell'esercizio chiuso al 31 dicembre 2006 e della relazione accompagnatoria (cs. 16024/07, avv. G. D'Amato) . . . . . »	372

**A.G.S. – Parere del 17 aprile 2007, n. 47332.**

Art. 15 e segg. d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 – Estinzione anticipata del finanziamento agevolato da parte del soggetto finanziato (*cs. 1952/07, avv. G. Albenzio*) . . . . . pag. 375

**A.G.S. – Parere del 21 aprile 2007, n. 49616.**

Prog. 20/PC/7 – Opere di captazione e adduzione della falda basale del massiccio del Matese – Ministero delle Infrastrutture – Transazione – Compensi dei consulenti tecnici di parte ministeriale (*cs. 27902/05, avv. M. Corsini*) . . . . . » 386

**Agenzia del Territorio, Agenzia delle Entrate – Circolare del 14 giugno 2007, n.6, prot. 47218.**

Art. 15 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 – Facoltà di adempimento anticipato da parte del soggetto finanziato – Compatibilità con il regime sostitutivo . . . . . » 381